



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2012

Strafzwecke und Sanktionsarten in einem Unternehmensstrafrecht

Wohlers, Wolfgang

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-67079>

Book Section

Published Version

Originally published at:

Wohlers, Wolfgang (2012). Strafzwecke und Sanktionsarten in einem Unternehmensstrafrecht. In: Kempf, Eberhard. Unternehmensstrafrecht. Berlin: De Gruyter, 231-251.

Strafzwecke und Sanktionsarten in einem Unternehmensstrafrecht

Wolfgang Wohlers

Gliederung

1. Einführung in die Problemstellung und Gang der Untersuchung
2. Der Einwand der unzulässigen Doppelbestrafung und/oder der ungerechten Mitbestrafung Unschuldiger
3. Der Einwand der mangelnden Straffähigkeit von Unternehmen
 - a) Überblick über die Palette möglicher Sanktionen gegen Unternehmen
 - b) Die mit der Bestrafung von Unternehmen erreichbaren Zwecke
 - aa) Abschreckung durch Bestrafung von Unternehmen
 - bb) Resozialisierung von Unternehmen durch Strafen
 - cc) Aufrechterhaltung des Normvertrauens durch die Bestrafung von Unternehmen
 - dd) Vergeltung durch die Bestrafung von Unternehmen
 - ee) Fazit
4. Schlussfolgerungen für den Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers

1. Einführung in die Problemstellung und Gang der Untersuchung

Die einem weltweiten kriminalpolitischen Megatrend¹ entsprechende Einführung der Strafbarkeit von Unternehmen² wird gemeinhin unter Hinweis darauf gefordert, dass

¹ So bereits im Jahre 1992 zutreffend *Stratenwerth* in: FS Schmitt, 1992, S. 295f.; vgl. auch *Triig* StraFo 2011, 471f.; *Wohlers* in: FS Riklin, 2007, S. 287f.

² Zur Entwicklung im supranationalen Raum, insbesondere im Recht der EU und des Europarats vgl. *Dannecker* GA 2001 101, 106f.; *Drope* Strafprozessuale Probleme bei der Einführung einer Verbandsstrafe, 2002, S. 41ff.; *Möhrenschlager* Übersicht über inter- und supranationale Regelungen zu Sanktionen gegen juristische Personen, in: Reform des Sanktionenrechts, Band 3: Verbandsstrafe, hrsg. von Hettinger, 2002, S. 27ff. sowie das Gutachten des Bundesjustizministeriums, in: Hettinger, a.a.O., S. 222ff.; zur Entwicklung der nationalen Rechtsordnungen vgl. den Überblick bei Bundesjustizministerium, in: Hettinger, a.a.O., S. 258ff.; *Eidam* Unternehmen und Strafe, 3. Aufl., 2008, Rn. 909ff.; *Kirch-Heim* Sanktionen gegen Unternehmen, 2007, S. 128ff.; *Lütolf* Strafbarkeit der juristischen Person, 1997, S. 245ff.; *Schroth* Unternehmen als Normadressaten und Sanktionsobjekte, 1993, S. 140ff. sowie aus jüngerer Zeit die umfassende Darstellung bei *Pieth/Ivory* (Hrsg.), Corporate Criminal Liability, 2011, passim; für eine vergleichende Analyse des aktuell geltenden österreichischen, liechtensteinischen und schweizerischen Rechts vgl. *Hilf* ZStrR 129 (2011) 258ff.; zum US-amerikanischen Recht vgl. *Ehrhardt* Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe, 1994, S. 90ff.; *Engelhart* Sanktionierung von Unternehmen und Compliance, 2010, S. 70ff. sowie – insgesamt zum Common Law-Rechtskreis: *Kremnitzer/Ghanayim* ZStW 113 (2001) 539, 541ff.; zu Frankreich: *Hartan* Unter-

das herkömmliche Individualstrafrecht der Problematik des Corporate Crime – also der aus Unternehmen heraus begangenen Straftaten – nicht Herr zu werden vermag.³ Die Argumentation geht kurz gefasst dahin, dass das auf die repressive Ahndung individuellen Fehlverhaltens zugeschnittene (Individual-)Strafrecht alter Prägung vor grundlegenden Schwierigkeiten stehe, wenn es darum geht, strafrechtliche Verantwortlichkeit innerhalb arbeitsteilig-organisierter Handlungsstrukturen zuzurechnen und adäquat zu sanktionieren.⁴ Dies soll insbesondere auch deshalb der Fall sein, weil sich Unternehmen – in der Regel wohl unbewusst, in Einzelfällen aber möglicherweise sogar bewusst – so organisieren, dass die individuelle Zurechnung strafrechtlich relevanter Erfolge erschwert wird (sog. organisierte Unverantwortlichkeit).⁵ Auch wenn man dieser Argumentation nicht ohne Vorbehalte gegenübersteht, kommt man doch nicht umhin anzuerkennen, dass das Individualstrafrecht hergebrachter Art nicht nur aus faktischen, sondern auch aus normativen Gründen an seine Grenzen stößt, wenn es darum geht, dem Phänomen des Corporate Crime zu begegnen; und damit stellt sich dann unweigerlich die Frage, ob die insoweit bestehenden Probleme sachgerecht dadurch gelöst werden können, dass man Sanktionen einführt, die sich unmittelbar gegen die Unternehmen selbst richten.⁶

Diejenigen, die der propagierten Ausweitung des Adressatenkreises strafrechtlicher Sanktionen auf juristische Personen und/oder Personenvereinigungen eher skeptisch gegenüberstehen, machen ihrerseits drei Gründe dafür geltend, dass Unternehmen keine tauglichen Adressaten strafrechtlicher Normen sind: Unternehmen seien erstens

nehmensstrafrecht in Deutschland und Frankreich, 2006, S. 96 ff., 174 ff.; zur Schweiz: Jeanneret AJP 2004 917, 918 ff. sowie Forster Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB, 2006, und Geiger Organisationsmängel als Anknüpfungspunkt im Unternehmensstrafrecht, 2006, jeweils passim.

- ³ Vgl. Dannecker GA 2001 101, 103 ff.; Jescheck DÖV 1953 539, 541 f.; Kirch-Heim (Fn. 2), S. 37 ff.; Kohlhoff Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe, 2003, S. 189 ff.; Lütolf (Fn. 2), S. 9 ff.; Mittelsdorf Unternehmensstrafrecht im Kontext, 2007, S. 9 ff.; Rotberg in: FS zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1960, S. 218 ff.; Schmitt, Strafrechtliche Massnahmen gegen Verbände, 1958, S. 130 ff.; Schünemann wistra 1982, 41, 49; ders. in: Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts, Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, hrsg. von Schünemann/González, 1994, S. 267 ff.; Schwinge Strafrechtliche Sanktionen gegenüber Unternehmen im Bereich des Umweltstrafrechts, 1996, S. 37 ff.; Seiler Strafrechtliche Massnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände, 1967, S. 125 ff.; sowie das Gutachten des Bundesjustizministeriums, in: Hettinger (Fn. 2), S. 202 ff.; vgl. aber auch die skeptische Stellungnahme von König in: Hettinger (Fn. 2), S. 40 ff.
- ⁴ Insoweit wird zum einen auf die Schwierigkeiten des prozessualen Beweises und zum anderen auf die Schwierigkeiten verwiesen, dass bei Straftaten, die aus Unternehmen heraus begangen werden, die Situation nicht untypisch ist, dass die als solche erkennbare Tat und/oder der als solcher eindeutig erkennbare Täter abhanden zu kommen droht, vgl. Ehrhardt (Fn. 2), S. 159 ff.; Forster (Fn. 2), S. 2 ff.; Heine Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995, S. 27 ff.; Kirch-Heim (Fn. 2), S. 52 ff. sowie S. 65 ff.; Seelmann in: FS Schmid, 2001, S. 170 ff.; Wohlers SJZ 2000, 381, 382 f.
- ⁵ Vgl. hierzu grundlegend Schünemann Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, S. 34 ff.; ders. in: Madrid-Symposium (Fn. 3), S. 271 f.; ders. in: Deutsche Wiedervereinigung, Band II, Unternehmenskriminalität, hrsg. von Schünemann, 1996, S. 131 f.; vgl. auch Kirch-Heim (Fn. 2), S. 58 ff.; Kohlhoff (Fn. 3), S. 195 f.; Otto Die Strafbarkeit von Verbänden, 1993, S. 7 f.
- ⁶ Kritisch z. B. Wohlers SJZ 2000, 381, 382 f.

nicht handlungsfähig,⁷ sie seien zweitens nicht schuldfähig⁸ und sie seien drittens nicht straffähig. Die ersten beiden Einwände hat *Joachim Vogel* in seinem Referat – aus rein positivistischer Perspektive betrachtet⁹ – als irrelevant beiseitegeschoben, während *Ulfrid Neumann* jedenfalls den Einwand der mangelnden Schuldfähigkeit als durchschlagend eingestuft hat.¹⁰ Gegenstand meines Beitrags ist nun der dritte Einwand: die mangelnde Straffähigkeit von Unternehmen.

Ansatzpunkt dafür, die Straffähigkeit von Unternehmen zu bestreiten, ist die These, dass Unternehmen Strafen nicht empfinden können und dass ihnen damit und deshalb auch die Strafempfänglichkeit abgeht. Unternehmen haben nun einmal – worauf *Lord Chancellor Edward, First Baron Thurlow*, bereits in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts und damit zeitlich weit vor den in der deutschsprachigen Diskussion üblicherweise als Quellen dieses Bildes wahrgenommenen Autoren¹¹ zutreffend hingewiesen hat – „no soul to be damned, and no body to be kicked“.¹² Die Frage nach der Strafbarkeit von

⁷ Zur Darstellung des Meinungsstandes vgl. *Bertossa* Unternehmensstrafrecht – Strafprozess und Sanktionen, 2003, S. 22 ff.; *Ehrhardt* (Fn. 2), S. 42 ff.; *Lütolf* (Fn. 2), S. 116 ff.; *Mittelsdorf* (Fn. 3), S. 74 ff. sowie das Gutachten des Bundesjustizministeriums, in: *Hettinger* (Fn. 2), S. 211 ff.; meiner Auffassung nach ist dieser Einwand nicht überzeugend, vgl. *Wohlens* SJZ 2000, 381, 384 f.; ablehnend auch *Dannecker* GA 2001, 101, 111; *Ehrhardt* (Fn. 2), S. 175 ff.; *Hirsch* ZStW 107 (1995) 285, 288 ff.; *ders.* Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden, 1993, S. 9 ff.; *Kindler* Das Unternehmen als haftender Täter, 2008, S. 212 ff.; *Kirch-Heim* (Fn. 2), S. 140 ff.; *Kohlhoff* (Fn. 3), S. 314 ff.; *Kremnitzer/Ghanayim* ZStW 113 (2001) 539, 551; *Rotberg* (Fn. 3), S. 197 f.; *Schwinge* (Fn. 3), S. 100 f.; *Trüg* StraFo 2011, 471, 473.

⁸ Zur Darstellung des Meinungsstandes vgl. *Bertossa* (Fn. 7), S. 37 ff.; *Ehrhardt* (Fn. 2), S. 45 ff.; *Lütolf* (Fn. 2), S. 127 ff.; *Mittelsdorf* (Fn. 3), S. 77 ff. sowie das Gutachten des Bundesjustizministeriums, in: *Hettinger* (Fn. 2), S. 213 ff.; gegen die Annahme der Schuldfähigkeit sprechen sich aus: *Wohlens* SJZ 2000 381, 385 ff.; ebenso *Kirch-Heim* (Fn. 2), S. 154 ff.; *Schünemann* in: Madrid-Symposium (Fn. 3), S. 280 ff., insb. S. 284 f.; *Schwinge* (Fn. 3), S. 103 f.; *Trüg* StraFo 2011, 471, 473 f.; vgl. auch *Seelmann* in: FS Schmid (Fn. 4), S. 177 ff.; demgegenüber wird die Schuldfähigkeit beispielsweise bejaht von *Dannecker* GA 2001 101, 112 ff.; *Ehrhardt* (Fn. 2), S. 185 ff.; *Hirsch* ZStW 107 (1995) 285, 291 ff.; *ders.* Straffähigkeit (Fn. 7), S. 12 ff.; *Kindler* (Fn. 7), S. 223 ff.; *Rotberg* (Fn. 3), S. 198 ff.; vgl. auch *Kremnitzer/Ghanayim* ZStW 113 (2001) 539, 551 m. w. N. aus dem englischsprachigen Schrifttum.

⁹ Dass diese Frage auch aus positivistischer Perspektive heraus nicht so ohne weiteres als irrelevant eingestuft werden kann, wird dann deutlich, wenn man zur Kenntnis nimmt, dass auch der nationale Gesetzgeber an Vorgaben des supranationalen Rechts sowie an die Wertungen der jeweiligen Verfassung gebunden ist, der deutsche Gesetzgeber also an die Vorgaben, die das BVerfG aus dem Grundgesetz ableitet (vgl. hierzu unten 3. b) dd) sowie 4.).

¹⁰ Ich stimme der Analyse *Neumanns* (vgl. seinen Beitrag in diesem Band) ohne jede Einschränkung zu. Entscheidend ist aus meiner Sicht, dass der im Individualstrafrecht geltende Schuldgrundsatz auf Unternehmen nicht anwendbar ist, dass aber die Einführung eines spezifisch körperschaftlichen Schuldgrundsatzes zum einen nur höchst dürftig zu verbergen vermag, dass er nichts anderes darstellt als ein Etikett für Zweckmäßigkeitserlegungen und dass mit seiner Einführung negative Rückwirkungen auch auf das Individualstrafrecht einhergehen werden (vgl. hierzu bereits *Wohlens* SJZ 2000, 381, 386 f.).

¹¹ Vgl. *Kohler* Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Neue Folge Bd. 17 (1894) 510, 519; *ders.* GA Bd. 64 (1917) 500, 503; *Hafer* Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1926, S. 64 Fn. 3; *ders.* Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1946, S. 72; zu den für die deutschsprachige Diskussion wirkmächtigen Ausführungen von *Savignys* vgl. *Schwander* in: FS Gutzwiller, 1959, S. 606 f.

¹² Zitiert nach *Volk* JZ 1993, 429, 431; vgl. auch *Peglau* JA 2001, 606, 609: „Einer juristischen Person, die nicht aus Fleisch und Blut ist, fehlt die Fähigkeit zur Empfindung von Leiden.“

Unternehmen wäre vor diesem Hintergrund per se negativ zu beantworten, wenn Strafe voraussetzt, dass der Bestrafte selbst leiden kann.¹³ Anders sieht es dann aus, wenn Strafe als eine Übelzufügung definiert wird, bei der die Charakterisierung als Übel nicht notwendigerweise ein Leiden voraussetzt,¹⁴ sondern Motivierbarkeit ausreichend ist, die z.B. auch darin bestehen kann, dass die Sanktion die Entscheidungsträger des Unternehmens dazu veranlasst, ihr Verhalten zu ändern.

Ein anderer Ansatz, die mangelnde Leidensfähigkeit des Unternehmens selbst zu überspielen, geht dahin, Unternehmen nicht als abstrakte Organisationen, sondern als soziale Entitäten wahrzunehmen, die durch ihre Mitglieder mit Leben erfüllt werden, welche ihrerseits unter den verhängten Sanktionen leiden können.¹⁵ Dieser Ansatz ist allerdings wieder dem Einwand ausgesetzt, dass Sanktionen, deren Strafcharakter das Leiden anderer Personen voraussetzt, als eine Form der Kollektivstrafe einzustufen sind.¹⁶ Wenn nun aber nicht das Unternehmen selbst, sondern die Anteilseigner und die Mitarbeiter des Unternehmens diejenigen sind, die leiden, dann stellt sich die Frage, ob die Bestrafung von Unternehmen nicht letztlich darauf hinausläuft, dass mit den Sanktionen, die formal gesehen dem Unternehmen auferlegt werden, tatsächlich Unschuldige bestraft werden, nämlich die Anteilseigner und die Mitarbeiter des Unternehmens. Und schließlich stellt sich dann in diesem Zusammenhang nicht allein die Frage, ob diese Mitbestrafung Dritter in den Fällen, in denen diese Dritten zusätzlich auch noch direkt sanktioniert werden, das verfassungs- und konventionsrechtlich fundierte Verbot der Doppelbestrafung (ne bis in idem) verletzt.

Ich werde nachfolgend zunächst kurz auf die beiden zuletzt erwähnten Einwände der unzulässigen Doppelbestrafung und der ungerechten Mitbestrafung Unschuldiger eingehen, die – um das Ergebnis vorwegzunehmen – aus meiner Sicht nicht durchschlagend sind. In einem zweiten Schritt werde ich mich dann auf die Kernproblematik konzentrieren. Zu klären ist, ob Unternehmen straffähig sind – oder anders ausgedrückt: Kann man mit Sanktionen gegen Unternehmen die Zwecke erreichen, die man gemeinhin mit Strafen zu erreichen sucht? Damit ist dann die Frage aufgeworfen, ob und, wenn ja, welche Zwecke wir mit der Institution der staatlichen Strafe eigentlich zu erreichen gedenken. Man befindet sich also mitten in der Diskussion, was eigentlich das Wesen der Strafe ist und welche Zwecke wir mit der Androhung und Verhängung von Strafen erreichen können oder erreichen wollen. Ausgehend von der Beantwortung dieser Frage(n) wäre dann zu prüfen, ob sich diese Zwecke auch mit Sanktionen gegenüber Unternehmen erreichen lassen.

¹³ So noch *Engisch* Referat zum 40. Deutschen Juristentag, Band II, 1954, E 15 f.; *Hafter* AT, 2. Aufl. (Fn. 11), S. 72 und wohl auch *Jescheck* DÖV 1953, 539, 542: „Jede Strafe setzt die Existenz einer in Fleisch und Blut lebenden Person voraus, die durch die Verurteilung zur Einsicht aufgerufen wird, wenn auch in vielen Fällen der Anruf verhallt, ohne verstanden zu werden.“

¹⁴ So die heute wohl ganz vorherrschend vertretene Auffassung, vgl. *Bertossa* (Fn. 7), S. 66 ff.; *Heinitz* Gutachten für den 40. Deutschen Juristentag, Band I, 1953, 86; *Lütolf* (Fn. 2), S. 170 f.; *Macaluso* La responsabilité pénale de l'entreprise, 2004, Rn. 161 f.; *Schmitt* (Fn. 3), S. 196; *Schwander* (Fn. 11), S. 615 f.

¹⁵ *Dannecker* GA 2001, 101, 115; *Hirsch* Straffähigkeit (Fn. 7), S. 18; *Yoon* Strafrecht als ultima ratio und Bestrafung von Unternehmen, 2001, S. 181; kritisch hierzu *Kirch-Heim* (Fn. 2), S. 175; von *Freier* Kritik der Verbandsstrafe, 1998, S. 59.

¹⁶ Vgl. *Peglau* JA 2001, 606, 609; von *Freier* (Fn. 15), S. 235 ff.

Angesichts dessen, dass die Strafzweckdiskussion vorsichtig ausgedrückt von konsentierten oder auch nur überwiegend akzeptierten Ergebnissen weit entfernt ist, müsste die skizzierte Herangehensweise allerdings wohl darauf hinauslaufen, ein Glaubensbekenntnis zum Sinn und Zweck der Androhung und Verhängung staatlicher Strafen abzugeben und dann die sich aus diesem Postulat ergebenden Konsequenzen für die Strafbarkeit von Unternehmen abzuleiten. Da mir dies wenig Sinn zu machen scheint, habe ich mich entschlossen, einen anderen Zugang zu wählen.¹⁷ Ich gehe nicht von der Frage aus, was das Wesen der Strafe und was legitime Strafzwecke sind. Ich werde also nicht in eine Debatte darüber eintreten, welche Zwecke man mit Strafen erreichen sollte.¹⁸ Stattdessen werde ich so vorgehen, dass ich in einem ersten Schritt zunächst aufzeige, worüber wir eigentlich reden, wenn es um Unternehmensstrafrecht geht, welche Arten von Sanktionen gegen Unternehmen es derzeit weltweit gesehen eigentlich gibt. Ausgehend von dieser Bestandsaufnahme werde ich sodann in einem zweiten Schritt der Frage nachgehen, ob mit diesen Sanktionen die Ziele erreicht werden können, die in der Strafzweckdiskussion thematisiert werden. Aufbauend auf den so gewonnenen Erkenntnissen sollte dann hoffentlich deutlich werden, welche Zwecke der Gesetzgeber berechtigterweise zu erreichen hoffen kann, wenn er diese oder jene Sanktionen gegen Unternehmen vorsieht. In einer abschließenden Würdigung gehe ich dann noch kurz auf die in der Diskussion nach meinem Referat von verschiedenen Teilnehmern der Tagung aufgeworfene Frage ein, ob der Gesetzgeber sinnvollerweise auf die Karte des Strafrechts setzen sollte.

2. Der Einwand der unzulässigen Doppelbestrafung und/oder der ungerechten Mitbestrafung Unschuldiger

Der Grundsatz *ne bis in idem* wird für Deutschland auf der Ebene des Verfassungsrechts durch Art. 103 Abs. 2 GG vorgegeben. Er ist darüber hinaus aber auch in Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK sowie in Art. 54 SDÜ kodifiziert, dort sogar als transnationaler Grundsatz. Der Grundsatz *ne bis in idem* besagt nicht nur, dass ein und derselbe Täter wegen ein und derselben Tat nicht zweimal bestraft werden kann, sondern er verbietet bereits die doppelte Verfolgung: Eine rechtskräftig freigesprochene oder verurteilte Person darf wegen der abgeurteilten Tat nicht nochmals in ein Strafverfahren verwickelt werden.¹⁹ Voraussetzung für das Eingreifen des Grundsatzes ist aber die Identität von Tat und Täter: Die Verurteilung mehrerer an einer Tat beteiligter Personen verletzt den Grundsatz *ne bis in idem* unabhängig davon nicht, ob diese Ver-

¹⁷ So auch bereits *Ackermann* Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen, 1984, S. 195.

¹⁸ Zur Strafzweckdiskussion vgl. den Überblick bei *Roxin* Strafrecht, AT, 4. Aufl., 2006, § 3 und bei *Stratenwerth* Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., 2011, § 2 Rn. 3 ff. sowie jüngst *Hörnle* in: Strafe – Warum?, hrsg. von v. Hirsch/Neumann/Seelmann, 2011, S. 11 ff.; *dies.* Straftheorien, 2011, passim.

¹⁹ EGMR vom 10. 2. 2009, *Zolothukin vs. Russia*, § 110; vgl. auch *Wohlers* in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, hrsg. von Donatsch/Hansjakob/Lieber, 2010, Art. 11 Rn. 2 m.w.N. zur Rechtsprechung des EGMR; vgl. auch SK-StPO/Paefffgen, Band IV, 2011, Anhang zu § 206a Rn. 18.

urteilungen in einem oder in verschiedenen, parallel oder zeitlich gestaffelt ablaufenden Verfahren erfolgt.²⁰

Wenn nun aber wegen einer aus einem Unternehmen heraus begangenen Straftat einerseits das Unternehmen selbst und andererseits die an der Tatbegehung beteiligten Individualpersonen sanktioniert werden, fehlt es an der für die Anwendung des Grundsatzes *ne bis in idem* notwendigen Identität des Sanktionsadressaten.²¹ Dass die Individualtäter möglicherweise durch die gegen das Unternehmen verhängte Sanktion faktisch mitbetroffen sind, reicht nicht aus, um einen Verstoß gegen das Prinzip *ne bis in idem* zu begründen.²²

Der Vorwurf der unzulässigen Doppelbestrafung erscheint nur in den Fällen als berechtigt, in denen der Gesetzgeber so weit geht, dass er – wie es beispielsweise in der Schweiz geschehen ist²³ – auch Einzelunternehmen als taugliche Adressaten von Sanktionen gegen Unternehmen einstuft.²⁴ Hier ist dann wirklich nicht mehr erklärbar, warum es zulässig sein soll, ein und dieselbe Person einmal unter dem Label des Einzelunternehmers und einmal unter dem Label der natürlichen Person zu bestrafen. Wenn der Gesetzgeber aber vernünftigerweise davon absieht, den Kreis tauglicher Adressaten von Unternehmenssanktionen so weit zu ziehen, dass auch Einzelunternehmen erfasst sind, wird man eine Missachtung des Grundsatzes *ne bis in idem* nicht annehmen können.²⁵

Tatsächlich dürfte der Einwand der unzulässigen Doppelbestrafung aber auch – insbesondere in der älteren Literatur²⁶ – gar nicht im engeren strafprozessualen Sinne gemeint gewesen sein, sondern vielmehr als Hinweis darauf, dass mit der Sanktionierung des Unternehmens nicht der richtige Adressat oder aber neben dem Unternehmen der Sache nach auch noch Individuen bestraft werden. Damit geht es dann aber gar nicht mehr um die Frage, ob der Grundsatz *ne bis in idem* missachtet ist, sondern vielmehr um die Frage der Gerechtigkeit der (Mit-)Bestrafung natürlicher Personen durch Sanktionierung des Unternehmens.

²⁰ Vgl. zum schweizerischen Recht Wohlers (Fn. 19), Art. 11 N 13; Tag in: Basler Kommentar, StPO, hrsg. von Niggli/Heer/Wiprächtiger, 2011, Art. 11 Rn. 15; zum deutschen Recht: Meyer-Gößner StPO, 54. Aufl., 2011, Einleitung Rn. 174.

²¹ Ackermann (Fn. 17), S. 206; Bertossa (Fn. 7), S. 102f.; Ehrhardt (Fn. 2), S. 214; Heine (Fn. 4), S. 269; Korte NSTZ 1997 513, 517; Lütolf (Fn. 2), S. 189; Yoon (Fn. 15), S. 179; vgl. auch Engelhart (Fn. 2), S. 360.

²² Ehrhardt (Fn. 2), S. 215; Hirsch ZStW 107 (1995) 285, 297f.; ders., Straffähigkeit (Fn. 7), S. 20f.; Rotberg (Fn. 3), S. 206f.; Schwinge (Fn. 3), S. 106; Yoon (Fn. 15), S. 180.

²³ Kritisch hierzu unter anderem Forster (Fn. 2), S. 126ff.; Jeanneret AJP 2004, 917, 919f.; Macaluso (Fn. 14), N 680ff.; Pieth ZStrR 121 (2003) 353, 358; ders. in: FS Jung, 2007, S. 723; Schmid in: FS Forstmoser, 2003, S. 771.

²⁴ Vgl. auch Kirch-Heim (Fn. 2), S. 179; Yoon (Fn. 15), S. 179f.

²⁵ Wenn man dies anders sehen wollte, müsste man im Übrigen konsequenterweise bereits die im geltenden deutschen Recht vorgesehene Verhängung einer Geldbuße gegen Unternehmen (§ 30 OWiG) als Verstoß gegen den Grundsatz *ne bis in idem* einstufen, weil – zumindest nach der Rechtsprechung des EGMR – auch die Geldbuße des Ordnungswidrigkeitenrechts als Strafe im Sinne der EMRK einzustufen ist, vgl. Ehrhardt (Fn. 2), S. 215.

²⁶ So z. B. bei Engisch (Fn. 13), E 37f.; eine unklare Vermengung beider Gesichtspunkte findet sich bei Hartung Koreferat zum vierzigsten Deutschen Juristentag, Band II, 1953, E 44, eine deutlichere Trennung bei Heinitz (Fn. 14), 88 ff.

In der Literatur ist immer wieder geltend gemacht worden, dass mit der formalen Sanktionierung des Unternehmens letztlich auch oder sogar vor allem die am Unternehmen beteiligten natürlichen Personen sowie die Arbeitnehmer bestraft werden.²⁷ Diesem Einwand ist stets entgegengehalten worden, dass es hier nicht um eine direkte Bestrafung natürlicher Personen gehe, sondern nur um indirekte faktische Auswirkungen.²⁸ Dies seien bezogen auf die Inhaber des Unternehmens Nachteile, die sich aus der Mitgliedschaft am Unternehmen ergeben und die von den Inhabern²⁹ deshalb in gleicher Weise zu tragen sind wie die Vorteile, die sich z.B. in Form von Gewinnausschüttungen ergeben.³⁰ Bezogen auf die von einer Sanktionierung des Unternehmens faktisch mitbetroffenen Arbeitnehmer sowie sonstige Dritte, wie z.B. Vertragspartner des Unternehmens, wird zum einen, soweit es nicht um die Sanktion der Auflösung des Unternehmens geht, die Intensität der Mitbetroffenheit in Frage gestellt.³¹ Darüber hinaus wird aber auch der Gegeneinwand erhoben, dass man anderenfalls auch die Sanktionierung des Inhabers eines Einzelunternehmens als ungerecht einstufen³² und Gleiches wohl auch für die Strafverfolgung von höheren Funktionären eines Verbandes gelten müsste.³³

Dem Argument, dass letztlich konsequenterweise ganz allgemein jede Bestrafung von Individualtättern als ungerecht einzustufen wäre, wenn und weil von der Bestrafung andere natürliche Personen, wie z.B. Familienmitglieder mitbetroffen sind,³⁴ wird in der neueren Lehre entgegengehalten, dass – anders als im Beispiel der Bestrafung des alleinverdienenden Familienvaters – die negative Belastung der Anteilseigner und Mitarbeiter kein unvermeidlicher Begleitschaden, sondern eine intendierte Konsequenz der Bestrafung des Unternehmens sei: Da das Unternehmen nur über seine Organe handeln könne, müsse die Strafe auf diese wirken.³⁵ Damit zeigt sich aber schon, dass die faktische Mitbetroffenheit der Arbeitnehmer und der Inhaber allenfalls dann im obigen Sinne als intendiert angesehen werden kann, wenn und soweit es sich um

²⁷ Vgl. *Engisch* (Fn. 13), E 26 ff.; *Hartung* (Fn. 26), E 43 f.; *Heinitz* (Fn. 14), 88 f.; *Schmitt* (Fn. 3), S. 197 ff.

²⁸ *Rotberg* (Fn. 3), S. 204 f.; *von Weber* JZ 1953, 293, 294 f.; *Ehrhardt* (Fn. 2), S. 208; kritisch aber *von Freier* (Fn. 15), S. 242 ff. unter Verweis darauf, dass es sich ja um gezielt intendierte, der Motivierung dienende Folgen handelt.

²⁹ Zutreffend relativierend zur faktischen Bedeutung des Mitbetroffenseins von Anteilseignern: *von Freier* (Fn. 15), S. 255 f.

³⁰ *Ackermann* (Fn. 17), S. 205; *Bertossa* (Fn. 7), S. 94 ff.; *Ehrhardt* (Fn. 2), S. 209 ff.; *Forster* (Fn. 2), S. 39; *Hirsch* ZStW 107 (1995) 285, 297; *ders.* Straffähigkeit (Fn. 7), S. 20; *Kremnitzer/Ghanayim* ZStW 113 (2001) 539, 551; *Rotberg* (Fn. 3), S. 205; *Schwander* (Fn. 11), S. 617; *Schwinge* (Fn. 3), S. 105; vgl. auch *Lüttolf* (Fn. 2), S. 181 f. sowie das Gutachten des Bundesjustizministeriums, in: *Hettinger* (Fn. 2), S. 221 unter Verweis auf eine – leider nicht näher bezeichnete – Entscheidung des Bundesgerichtshofes.

³¹ *Bertossa* (Fn. 7), S. 98 ff.; *Macaluso* (Fn. 14), Rn. 168 f.

³² *Bertossa* (Fn. 7), S. 97 ff.; *Hirsch* ZStW 107 (1995) 285, 298.

³³ *So Heine* (Fn. 4), S. 268.

³⁴ *Ackermann* (Fn. 17), S. 204; vgl. auch *Bertossa* (Fn. 7), S. 91; *Ehrhardt* (Fn. 2), S. 209; *Heine* (Fn. 4), S. 268; *Kremnitzer/Ghanayim* ZStW 113 (2001) 539, 552; *Lüttolf* (Fn. 2), S. 182; *Modlinger* Brauchen wir zur Korruptionsbekämpfung ein Unternehmensstrafrecht?, 2010, S. 85 f.; *Rotberg* (Fn. 3), S. 204 f.

³⁵ Vgl. *von Freier* (Fn. 15), S. 244; *Kindler* (Fn. 7), S. 308; *Seelmann* in: FS Schmid (Fn. 4), S. 182 ff.; *Trüg* StraFo 2011, 471, 482.

Personen handelt, die als Entscheidungsträger das Verhalten des Unternehmens steuern oder die das Verhalten der Entscheidungsträger dadurch beeinflussen können, dass sie diese gegebenenfalls abberufen. Auch für diesen – tendenziell wohl eher kleinen – Kreis von Personen stellt sich dann aber zunächst einmal die Frage, ob wirklich eine praktisch spürbare Mitbetroffenheit vorliegt oder nicht. Und selbst wenn dies der Fall ist, muss doch weiterhin beachtet werden, dass auch die motivierende Betroffenheit nicht mit einer Bestrafung des Dritten gleichgesetzt werden kann,³⁶ sondern eine adäquate Folge der Teilhabe am bzw. der Eingliederung in das Unternehmen ist.³⁷

3. Der Einwand der mangelnden Straffähigkeit von Unternehmen

a) Überblick über die Palette möglicher Sanktionen gegen Unternehmen

Bevor wir uns nun der Frage zuwenden, welche Ziele der Gesetzgeber mit Sanktionen gegen Unternehmen zu erreichen hoffen darf, ist zunächst noch ein kurzer Blick auf die zur Auswahl stehenden Sanktionen zu werfen. Von den aus dem Individualstrafrecht her bekannten Sanktionen können monetäre Sanktionen ohne große Problem in ein Unternehmensstrafrecht übertragen werden. Dies dürfte denn auch einer der maßgeblichen Gründe dafür sein, dass diese Art von Sanktionen in allen Rechtsordnungen, die die Strafbarkeit des Unternehmens kennen, als zentrale Hauptsanktion vorgesehen ist.³⁸ Zum Kreis dieser Rechtsordnungen ist im Übrigen auch Deutschland zu rechnen, da die gemäß § 30 OWiG zu verhängende Ordnungsbusse zwar formal gesehen nicht Teil des Kriminalstrafrechts ist,³⁹ der Sache nach aber sehr wohl punitiven Charakter hat.⁴⁰

Festzustellen ist aber auch, dass weltweit gesehen nur noch sehr wenige Rechtsordnungen allein auf monetäre Sanktionen setzen. Das reine Bußenmodell wird mehr und mehr durch eine Konzeption ersetzt, in der alternativ oder kumulativ neben der Buße auch andere Sanktionen zur Verfügung stehen. Zwar lässt sich die aus dem Individualstrafrecht bekannte Freiheitsstrafe in ihrer hergebrachten Form auf Unternehmen

³⁶ Heine (Fn. 4), S. 268; Kirch-Heim (Fn. 2), S. 177.

³⁷ Kirch-Heim (Fn. 2), S. 178; vgl. auch – aus jeweils anderer Perspektive argumentierend, im Ergebnis aber übereinstimmend – Kindler (Fn. 7), S. 311 f. sowie Kohlhoff (Fn. 3), S. 327 ff.

³⁸ Bertossa (Fn. 7), S. 223; Dannecker GA 2001, 101, 124; vgl. auch bereits Engisch (Fn. 13), E 13 sowie Rotberg (Fn. 3), S. 212 f.

³⁹ Zur Abgrenzung des Ordnungswidrigkeitenrechts vom Kriminalstrafrecht vgl. Wohlers Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte, 2000, S. 84 ff.

⁴⁰ Zur näheren Ausgestaltung dieser Sanktion vgl. den Beitrag von Dörr in diesem Band sowie Ehrhardt (Fn. 2), S. 31 ff.; Hirsch ZStW 107 (1995) 285, 303 ff.; Kindler (Fn. 7), S. 131 ff.; Kirch-Heim (Fn. 2), S. 18 ff., 68 ff.; Ransiek Unternehmensstrafrecht, 1996, S. 110 ff.; Schroth (Fn. 2), S. 118 ff.; zur Rechtsprechung des EGMR, nach der die Sanktionen des Ordnungswidrigkeitenrechts als Strafen im Sinne des Art. 6 EMRK anzusehen sind, vgl. EGMR vom 21. 2. 1984, *Öztürk vs. Germany*, § 53 sowie allgemein SK-StPO/Paeffgen, Band X, 4. Aufl., 2012, Art. 6 Rn. 30 ff.

nicht anwenden.⁴¹ Sanktionen, die die wirtschaftliche Handlungsfreiheit einschränken – wie z.B. die Anordnung zeitlich und/oder inhaltlich begrenzter Tätigkeitsverbote für Unternehmen, der Ausschluss von öffentlichen Aufträgen oder die Einsetzung von staatlichen Aufsichtsorganen – können aber durchaus als eine an die Besonderheiten des Unternehmens als Sanktionsadressaten angepasste Form einer Freiheitsstrafe eingestuft werden.⁴² Und mit gleicher Berechtigung kann man die – in einigen Rechtsordnungen bereits vorgesehene – Sanktion der Auflösung von Unternehmen sogar als Ersatz für die im traditionellen Individualstrafrecht seit einiger Zeit abgeschaffte Todesstrafe einstufen.⁴³

In der Rechtswirklichkeit kann man grob vereinfacht nochmals zwei Regelungsmodelle unterscheiden: Ein eher vorsichtiges oder zaghafte Modell läuft darauf hinaus, dass – wie z.B. in Deutschland⁴⁴ und in der Schweiz⁴⁵ – die als Hauptsanktion vorgesehene monetäre Sanktion durch die Institute der Einziehung und des Verfalls ergänzt wird. Andere Rechtsordnungen – wie z.B. in Frankreich⁴⁶ und in Italien⁴⁷ – geben sich sehr viel offensiver und sehen neben oder an die Stelle von Bußen tretende andere Sanktionen vor,⁴⁸ wobei der kriminalpolitischen Phantasie dann praktisch keine Grenzen gesetzt sind.⁴⁹

Ohne einen Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben, ist auf folgende, in den nationalen Rechtsordnungen verschiedener Länder zu großen Teilen bereits verankerte Sanktionen hinzuweisen:

Bei den monetären Sanktionen wird teilweise statt des Begriffs der Geldstrafe oder Geldbuße der Begriff des „Strafgeldes“ präferiert, um deutlich zu machen, dass es sich nicht um eine an der Tatschuld orientierte Sanktion handeln soll, sondern um eine eigenständige Sanktion, die besser auch an der wirtschaftlichen Situation des zu sanktionierenden Unternehmens – insbesondere am Umsatz – zu orientieren sei.⁵⁰ Die Frage, anhand welcher Kriterien die Höhe der Sanktion zu bemessen ist, harrt sowohl im Grundsätzlichen als auch im Detail der Klärung.⁵¹ Die praktische Bedeutung dieser

⁴¹ Ackermann (Fn. 17), S. 195; Fisse/Braithwaite Corporations, Crime and Accountability, 1993, S. 41; Ehrhardt (Fn. 2), S. 199; vgl. aber auch Schwander (Fn. 11), S. 612; Macaluso (Fn. 14), Rn. 159f., 163; man muss die Sanktionen eben entsprechend anpassen.

⁴² So dezidiert Bertossa (Fn. 7), S. 232f. und wohl auch bereits Engisch (Fn. 13), E 13; Hirsch ZStW 107 (1995) 285, 316f.; vgl. auch Kindler (Fn. 7), S. 305; Volk JZ 1993, 429, 431.

⁴³ Engisch (Fn. 13), E 13; Hirsch ZStW 107 (1995) 285, 317; Volk JZ 1993, 429, 431.

⁴⁴ Vgl. die §§ 73 ff., 74 ff. dStGB und hierzu Ehrhardt (Fn. 2), S. 37 ff.; Hirsch ZStW 107 (1995) 285, 305 f.; Kindler (Fn. 7), S. 158 ff., 180 ff.; Kirch-Heim (Fn. 2), S. 24 ff.; Ransiek (Fn. 40), S. 121 ff.; Schroth (Fn. 2), S. 108 ff.; Trüg StraFo 2011, 471, 477.

⁴⁵ Vgl. die Art. 69 ff. schwStGB (= Art. 59 ff. schwStGB a. F.) und hierzu Bertossa (Fn. 7), S. 240 ff.

⁴⁶ Vgl. Deckert in: Pieth/Ivory (Fn. 2), S. 165 ff.; Kirch-Heim (Fn. 2), S. 133; Macaluso (Fn. 14), N 300 ff.

⁴⁷ Vgl. de Maglie in: Pieth/Ivory (Fn. 2), S. 265 ff.; Macaluso (Fn. 14), N 371 ff.

⁴⁸ Vgl. auch Pieth/Ivory in: Pieth/Ivory (Fn. 2), S. 47 f.

⁴⁹ Vgl. Bertossa (Fn. 7), S. 227 ff. sowie Lütolf (Fn. 2), S. 396 ff. zur Sanktion der Equity fine (Aktienverwässerung); für einen Überblick über die möglichen Sanktionen in einem Unternehmensstrafrecht vgl. Peglau in: Hettinger (Fn. 2), S. 25 f. sowie das Gutachten des Bundesjustizministeriums in: Hettinger (Fn. 2), S. 234 ff.; Kindler (Fn. 7), S. 299 ff.; Lütolf (Fn. 2), S. 393 ff.

⁵⁰ Dannecker GA 2001, 101, 125.

⁵¹ Volk JZ 1993, 429, 432; zur einschlägigen Diskussion vgl. Bertossa (Fn. 7), S. 259 ff.; Ehrhardt (Fn. 2), S. 247 ff.; Engelhart (Fn. 2), S. 691 ff.; Kindler (Fn. 7), S. 303 f.; Mittelsdorf (Fn. 3), S. 209 ff.; Rotberg (Fn. 3), S. 213.

Frage ergibt sich daraus, dass die Sanktion so bemessen werden muss, dass sie einerseits nicht unverhältnismässig – insbesondere: existenzvernichtend – ausfällt, andererseits aber auch nicht so niedrig ausfallen darf, dass sie zu einem „bloßen Alibi-Instrument“ verkommt.⁵² In den Zusammenhang der monetären Sanktionen gehört auch die Idee des Sicherungsgeldes, womit eine Sicherheitsleistung gemeint ist, die – wie die im schweizerischen Strafrecht geregelte Friedensbürgschaft (vgl. Art. 66 schwStGB) – im Falle der nachfolgenden Begehung eines Delikts verfällt.⁵³

Zu den Sanktionen, die die wirtschaftliche Handlungsfreiheit des Unternehmen einschränken sollen, gehört die Anordnung zeitlich und/oder inhaltlich begrenzter Tätigkeitsverbote für Unternehmen, die entweder in Form von Weisungen⁵⁴ oder aber durch den Entzug von Konzessionen und Lizenzen⁵⁵ oder durch temporäre und/oder partielle Betriebsschließungen⁵⁶ erreicht werden sollen. In die gleiche Richtung zielen die Sanktionen, die das Unternehmen durch den Ausschluss von öffentlichen Aufträgen, die Sperrung des Zugangs zu Subventionen und die Verweigerung von Steuererleichterungen bestrafen sollen.⁵⁷

Eine Läuterung des delinquenten Unternehmens soll durch die Einsetzung von staatlichen bzw. staatliche bestellten Aufsichtsorganen (Unternehmenskuratel),⁵⁸ die zwangsweise Verpachtung⁵⁹ und/oder die – mit der Entfernung etwaiger Individualtäter verbundene⁶⁰ – zwangsweise Auflösung kriminogener Strukturen im Wege von Umstrukturierungen und/oder der Implementierung von Aufsichts- und Compliance-Programmen erreicht werden.⁶¹

Die bereits erwähnte Liquidation oder Auflösung des zu sanktionierenden Unternehmens kommt aufgrund ihrer gravierenden Auswirkungen stets nur als ultima ratio in Betracht, wenn und soweit keine weniger einschneidenden Maßnahmen zur Verfügung stehen und es um die Abwehr besonders gravierender Beeinträchtigungen der Belange der Allgemeinheit geht.⁶²

Zu erwähnen bleibt noch, dass zu entscheiden ist, ob die verhängten Sanktionen bzw. die Tatsache der Sanktionierung des Unternehmens publik gemacht werden sollen.

⁵² Bertossa (Fn. 7), S. 223.

⁵³ Vgl. Rotberg (Fn. 3), S. 214 ff.

⁵⁴ Dannecker GA 2001, 101, 127; Engelhart (Fn. 2), S. 368; ablehnend Schwinge (Fn. 3), S. 160 ff.

⁵⁵ Engelhart (Fn. 2), S. 368; Hartung (Fn. 26), E 52; ablehnend Schwinge (Fn. 3), S. 164 ff.

⁵⁶ Dannecker GA 2001, 101, 125; Hartung (Fn. 26), E 51; abl. Engelhart (Fn. 2), S. 700 f. sowie Schwinge (Fn. 3), S. 157 ff.: dies sei eine gravierende Massnahme, die allein den dafür zuständigen und kompetenten Behörden zu überlassen sei; hiergegen wiederum Rotberg (Fn. 3), S. 210.

⁵⁷ Dannecker GA 2001, 101, 129; Bertossa (Fn. 7), S. 233; abl. Engelhart (Fn. 2), S. 700 f. sowie Schwinge (Fn. 3), S. 167 ff.: dies sei den dafür kompetenten Behörden zu überlassen.

⁵⁸ Bertossa (Fn. 7), S. 234 ff.; Dannecker GA 2001, 101, 128; Hartung (Fn. 26), E 51; Heine (Fn. 4), S. 302 f.; Rotberg (Fn. 3), S. 211; Schünemann in: Deutsche Wiedervereinigung (Fn. 5), S. 139, 141 f.; Schwinge (Fn. 3), S. 214 ff.; krit. Engelhart (Fn. 2), S. 701 sowie Kindler (Fn. 7), S. 300 ff.

⁵⁹ Vgl. Rotberg (Fn. 3), S. 211 f.

⁶⁰ Bertossa (Fn. 7), S. 244 f.; Dannecker GA 2001, 101, 128; Engelhart (Fn. 2), S. 369 f.; Hartung (Fn. 26), E 51 f.

⁶¹ Dannecker GA 2001 101, 128; Engelhart (Fn. 2), S. 369, 695 f.

⁶² Bertossa (Fn. 7), S. 248 ff.; Dannecker GA 2001, 101, 126; Engelhart (Fn. 2), S. 696 f.; vgl. auch bereits Hartung (Fn. 26), E 51 sowie Rotberg (Fn. 3), S. 209 f.; ablehnend Schwinge (Fn. 3), S. 156 f.

Während einige Autoren eine Offenlegung der Sanktion unter Verweis auf eine von ihnen angenommene besondere präventive Wirkung befürworten,⁶³ lehnen andere diese neue Form der Prangerstrafe aus grundsätzlichen Erwägungen heraus ab.⁶⁴

b) Die mit der Bestrafung von Unternehmen erreichbaren Zwecke

Wenden wir uns nun der Frage zu, ob mit einem reinen oder mit einem erweiterten Bußenmodell die Zwecke erreicht werden können, die man mit Strafen zu erreichen sucht, stellt sich zunächst die Vorfrage, welche Zwecke denn mit Strafe erreicht werden sollen. Ich werde – wie eingangs bereits erwähnt – nicht in eine Debatte darüber eintreten, welche Zwecke man mit Strafen erreichen sollte. Ich gehe vielmehr vom – zugegebenermaßen nicht vollkommen befriedigenden – Stand aus, den die Strafzweckdiskussion als Ergebnis einer mehrere Jahrhunderte umfassenden Auseinandersetzung derzeit erreicht hat,⁶⁵ orientiere mich also an den Strafzwecken, die in der Diskussion aktuell vertreten werden. Und dies sind grob vereinfacht doch immer noch: Abschreckung, Resozialisierung, Aufrechterhaltung des Normvertrauens und/oder Vergeltung.

aa) Abschreckung durch Bestrafung von Unternehmen

Dass die Androhung und Verhängung von Strafen eine abschreckende Wirkung auf den Bestraften selbst (negative Spezialprävention) und auf die Allgemeinheit (negative Generalprävention) haben soll, ist eine seit alters her weit verbreitete Vorstellung, die im englischsprachigen Raum durch *Jeremy Bentham*⁶⁶ und im deutschsprachigen Raum insbesondere in Form der von *Feuerbach* begründeten Theorie des psychologischen Zwangs⁶⁷ wirkungsmächtig geworden ist. *Feuerbach* geht hierbei davon aus, dass der auf die Begehung einer Straftat gerichtete sinnliche Antrieb dadurch aufgehoben werden kann, dass der Täter weiß, „dass auf seine That ein Uebel folgen werde, welches größer ist, als die Unlust, die aus dem nicht befriedigten Antrieb zur That entspringt“⁶⁸. Die eigentliche abschreckende Wirkung soll nach *Feuerbach* von der Strafandrohung ausgehen; die tatsächliche Strafverhängung hat allein den Sinn und Zweck, zu demonstrieren, dass es sich bei der Strafandrohung nicht um eine leere Drohung handelt.⁶⁹

⁶³ Bertossa (Fn. 7), S. 238 ff.; Dannecker GA 2001, 101, 126 f.; Schwinge (Fn. 3), S. 169 ff.; vgl. auch die Darstellung bei Engisch (Fn. 13), E 13.

⁶⁴ Nach Hirsch ZStW 107 (1995) 285, 317 könne die Publikation der Sanktion „nur als Ausfluss einer antiunternehmerischen Ideologie verstanden werden“. Weiterhin moniert er einen Verstoß der Prangerwirkung gegen die Menschwürde, die auch für Personengesamtheiten gelten müsse; kritisch hierzu Schwinge (Fn. 3), S. 173.

⁶⁵ Vgl. hierzu die Nachweise in Fn. 18.

⁶⁶ Vgl. insbesondere Bentham, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, 1780 (Neudruck 1970 University of London, The Athlone Press), und hierzu Schwarzenegger/Hug/Jositsch Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 8. Aufl., 2007, S. 11 f.

⁶⁷ Vgl. Feuerbach Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts, 1801, §§ 16 ff.

⁶⁸ Feuerbach (Fn. 67), § 17.

⁶⁹ Feuerbach (Fn. 67), §§ 18, 20.

Bezogen auf die Bestrafung von Unternehmen stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob wir mit Sanktionen gegen Unternehmen andere natürliche und juristische Personen davon abhalten, Straftaten zu begehen. Grundsätzlich ist nicht ersichtlich, warum man nicht mit Sanktionen gegenüber Unternehmen die gleichen abschreckenden Wirkungen erreichen können soll wie mit Sanktionen gegen Individuen.⁷⁰ Damit stellt sich dann aber sogleich das Problem, dass wir die verhaltenssteuernde Wirkung von Strafandrohungen und Strafverhängungen zwar vermuten, nicht aber beweisen können – jedenfalls nicht in einer Art und Weise, die den Anforderungen genügen würde, die man üblicherweise an einen erfahrungswissenschaftlich validen Nachweis stellt.⁷¹ Es ist allerdings plausibel, dass die Androhung von Sanktionen jedenfalls einen rational kalkulierenden Täter zu beeinflussen vermag. Dass das so ist, kann jeder aus eigener Erfahrung bestätigen, der schon einmal – ohne unter Zeitdruck zu stehen – am Steuer eines Kraftfahrzeugs auf einen Blitzautomaten zugefahren ist. Wenn man nun davon ausgeht, dass es sich bei Wirtschaftsstraftätern um den Archetyp des homo oeconomicus handelt,⁷² und dass Unternehmen – nicht zuletzt aufgrund ihrer besonders hohen Sensibilität gegenüber Reputationsschäden⁷³ – auch diesem rational kalkulierenden Tätertypus zuzurechnen sind, dann liegt es tatsächlich nahe, dass man auch oder sogar insbesondere bei Sanktionen gegen Unternehmen von einer Abschreckungswirkung ausgehen kann.⁷⁴

Es sind allerdings auch einige Einschränkungen zu machen: Zunächst einmal handeln Unternehmen nicht selbst, sondern durch ihre Mitarbeiter, deren Handeln auch durch andere als pekuniäre Motive bestimmt wird, wie z.B. das Streben nach Macht oder Prestige, Verteilungskämpfe und Geltungssucht zwischen den einzelnen Entscheidungsträgern, die Absicherung bzw. Beförderung der eigenen Karriere usw.⁷⁵ Wenn die

⁷⁰ Dannecker GA 2001, 101, 114; Hirsch Straffähigkeit (Fn. 7), S. 17; Modlinger (Fn. 34), S. 78 f.

⁷¹ Ackermann (Fn. 17), S. 196; Kindler (Fn. 7), S. 293; vgl. auch Eisenberg Kriminologie, 6. Aufl., 2005, § 41 Rn. 6, § 42 Rn. 4; Kaiser Kriminologie, 3. Aufl., 1996, § 31 Rn. 34; Killias/Kuhn/Aebi Grundriss der Kriminologie, 2. Aufl., 2011, Rn. 134 f., 1010 ff.; Kunz Kriminologie, 6. Aufl., 2011, § 25 Rn. 4 ff.

⁷² Vgl. Tiedemann Gutachten zum 49. DJT, 1972, C 21 f.; ders. JZ 1975, 185, 187 mit dem ergänzenden Hinweis darauf, dass bei Wirtschaftsstraftätern weder die Androhung vor hohen Geldstrafen oder zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafen, sondern nur die Furcht vor vollzogenen Freiheitsstrafen und vor Existenzbeeinträchtigung durch Betriebsschließungen einen Einfluss auf das Verhalten haben; hierzu auch Volk JZ 1993 429, 430; vgl. auch Killias/Kuhn/Aebi (Fn. 71), Rn. 1006.

⁷³ Vgl. Alwart ZStW 105 (1993) 752, 771, der unter Berufung auf Insiderstimmen ausführt, dass Unternehmen, „was eigentliche Strafrechtsfolgen anbelange, am meisten negative Pressemeldungen über Verurteilungen und die Auswirkungen solcher Publizität fürchten“; vgl. auch Ehrhardt (Fn. 2), S. 204; Forster (Fn. 2), S. 37; Kindler (Fn. 7), S. 305; Vogel GA 1990, 241, 255 sowie Eisenberg (Fn. 71), § 41 Rn. 23 mit dem Hinweis darauf, dass es Anhaltspunkte für „eine Korrelation zwischen hohem sozio-ökonomischen Status und Abschreckung durch vollzogene Kriminalstrafen“ gebe.

⁷⁴ Ackermann (Fn. 17), S. 196 f.; Bertossa (Fn. 7), S. 61 ff.; Ehrhardt (Fn. 2), S. 204; Dannecker GA 2001, 101, 114; Geiger (Fn. 2), S. 8; Hirsch Straffähigkeit (Fn. 7), S. 17; ders. ZStW 107 (1995) 285, 294 f.; Lütolf (Fn. 2), S. 175 f.; Mittelsdorf (Fn. 3), S. 84; Modlinger (Fn. 34), S. 78 ff.; Kirch-Heim (Fn. 2), S. 172 f.; Rotberg (Fn. 3), S. 203 f.; vgl. auch Hefendehl MSchrKrim 86 (2003) 27, 38; eher zweifelnd Kindler (Fn. 7), S. 292 f.; Trüg StraFo 2011, 471, 480.

⁷⁵ Bertossa (Fn. 7), S. 224; Stratenwerth (Fn. 1), S. 298; Volk JZ 1993, 429, 432.

Abschreckungswirkung die Mitarbeiter erreichen muss,⁷⁶ dann wird es notwendig sein, dass die Mitarbeiter damit rechnen müssen, dass sie im Falle der Begehung einer Straftat selbst bestraft oder aber durch das Unternehmen sanktioniert werden, was insbesondere bei Mitgliedern der Geschäftsleitung nur dann der Fall ist, wenn sie von den Inhabern abberufen werden.⁷⁷ Damit es für die – unterstellt: rational kalkulierenden – Unternehmen sinnvoll ist, dafür Sorge zu tragen, dass durch ihre Mitarbeiter keine Straftaten begangen werden, müssen die Sanktionen gegen das Unternehmen eine Schwere erreichen, die es verunmöglicht, sie als allenfalls lästigen Kostenfaktor einzustufen und aus der Portokasse zu zahlen.⁷⁸ Wie weit man gehen muss, damit die Sanktionen insoweit hinreichend „grausam“ sind, kann hier nicht im Einzelnen untersucht werden.⁷⁹ Festzuhalten bleibt aber, dass eine abschreckende Wirkung wohl nur dann gegeben ist, wenn es sich um Sanktionen handelt, die sich entweder spürbar negativ in der Bilanz des Unternehmens niederschlagen oder die aufgrund anderer Umstände Eindruck auf das Unternehmen machen, z.B. durch die mit einer Urteils publikation einhergehende „Prangerwirkung“⁸⁰ und/oder durch den mit der Verurteilung einhergehenden Ausschluss von öffentlichen Aufträgen. Weiterhin ist zu beachten, dass es auch im Zusammenhang mit der Sanktionierung von Unternehmen zumindest auch auf die Sanktionswahrscheinlichkeit ankommt und nicht allein auf die Höhe der abstrakten Strafandrohung und/oder die Höhe der konkret verhängten Sanktionen.⁸¹

bb) Resozialisierung von Unternehmen durch Strafen

Mit dem Begriff der Resozialisierung ist ein Teil der üblicherweise unter dem Begriff der Spezialprävention zusammengefassten Straftheorien angesprochen. In ihrer durch *Franz von Liszt* begründeten Form zielt die Theorie der Strafandrohung und -verhängung zunächst darauf ab, den konkreten Täter von der Begehung weiterer Straftaten abzuschrecken (negative Spezialprävention) und/oder ihn zu bessern (positive Spezialprävention); soweit eine Läuterung nicht möglich ist, soll die Gesellschaft dadurch geschützt werden, dass die betreffenden Personen unschädlich gemacht werden, was bei natürlichen Personen bedeutet, dass diese, soweit es sich um unverbesserliche Gewohnheitsverbrecher handelt, weggesperrt werden.⁸²

Angewandt auf die Sanktionierung von Unternehmen ist zunächst festzuhalten, dass die Sicherungsfunktion bei „unverbesserlichen“ Unternehmen zu erreichen ist, wenn

⁷⁶ Vgl. *Dannecker* GA 2001, 101, 104; *Schwander* (Fn. 11), S. 614; vgl. auch *Hefendehl* MSchrKrim 86 (2003), 27, 40/41: Es müssten „die richtlinienbefugten Personen innerhalb des Verbandes veranlasst werden, wirtschaftsinterne Kontrollen aufzubauen bzw. zu intensivieren.“

⁷⁷ Vgl. auch *Bertossa* (Fn. 7), S. 62, 225.

⁷⁸ Kritisch zum Abschreckungseffekt von monetären Sanktionen gegen Unternehmen: *Bertossa* (Fn. 7), S. 225 ff.; *Modlinger* (Fn. 34), S. 81.

⁷⁹ Vgl. hierzu *Hefendehl* MSchrKrim 86 (2003), 27, 41 f.; *König* in: *Hettinger* (Fn. 2), S. 50; vgl. auch *Pieth/Ivory* in: *Pieth/Ivory* (Fn. 2), S. 41: „Gratwanderung“.

⁸⁰ Insoweit befürwortend *Alwart* ZStW 105 (1993) 752, 770 f.; *Dannecker* GA 2001, 101, 126 f.; *Kremnitzer/Ghanayim* ZStW 113 (2001) 539, 552 f.

⁸¹ *Bertossa* (Fn. 7), S. 63; *Eisenberg* (Fn. 71), § 41 Rn. 22; *Kaiser* (Fn. 71), § 31 Rn. 35 f.; *Kremnitzer/Ghanayim* ZStW 113 (2001), 539, 553; *Modlinger* (Fn. 34), S. 79; *Tiedemann* JZ 1975, 185, 186; vgl. aber auch *Killias/Kuhn/Aebi* (Fn. 71), Rn. 1017.

⁸² Vgl. hierzu grundlegend von *Liszt* ZStW 3 (1883) 1, 33 ff.

man auf die Instrumente des Tätigkeitsverbots und – als ultima ratio – auf die Auflösung des Unternehmens zurückgreift.⁸³ Und bezogen auf die negative Spezialprävention gelten die Ausführungen zur Abschreckung (negative Generalprävention) entsprechend.⁸⁴

Bezogen auf den Strafzweck der Resozialisierung ist zunächst in Erinnerung zu rufen, dass Strafen entgegen in der Bevölkerung verbreiteter alltagstheoretischer Vorstellungen nicht per se eine läuternde Wirkung haben.⁸⁵ Dass die Verhängung einer Geldbuße oder Geldstrafe ein Unternehmen läutern wird, wird man – in Parallele zu dem, was zur Abschreckung anderer Unternehmen gesagt wurde – nur dann annehmen können, wenn entweder die Sanktion so hoch ausfällt, dass das Unternehmen bzw. die in den Leitungsgremien des Unternehmens sitzenden Entscheidungsträger eine solche Sanktion nicht ein zweites Mal riskieren können oder riskieren wollen, oder wenn die Begleitumstände der Sanktionierung – Stichwort: Reputationsschäden⁸⁶ – so ins Gewicht fallen, dass es für das Unternehmen rational ist, die Ursachen für Anlasstaten zu beseitigen, also fehlbare Mitarbeiter zu entlassen, Compliance-Programme zu installieren und/oder kriminogene Bereiche des Unternehmens durch Umstrukturierungen zu beseitigen.⁸⁷ Dies setzt dann aber voraus, dass die Sanktionen angepasst werden⁸⁸ – von rein monetären Sanktionen sind derartige Wirkungen allenfalls dann zu erwarten, wenn sie hinreichend grausam sind.

Weiterhin ist auch hier wieder zu beachten, dass auch die Läuterung nicht direkt beim Unternehmen eintritt, sondern über die Entscheidungsträger erfolgen muss.⁸⁹ Wenn man sich nicht damit begnügen will, dass Unternehmen bzw. ihre Entscheidungsträger durch Sanktionsandrohungen und/oder Sanktionierungen systemtheoretisch gesprochen „irritiert“ werden,⁹⁰ wenn man also direkte Steuerungswirkungen erreichen will, dann muss man die Sanktionen so ausgestalten, dass sie unmittelbar greifen.⁹¹ Wenn man dies will, kann man sich aber nicht mit rein monetären Sanktionen begnügen, sondern man muss auf die Instrumentarien zurückgreifen, die das erweiterte Bußenmodell zur Verfügung stellt, wie z.B. Tätigkeitsbeschränkungen, den Ausschluss von öffentlichen Aufträgen, die Einsetzung eines staatlichen Aufsichtsorgans, die

⁸³ Ackermann (Fn. 17), S. 199; Bertossa (Fn. 7), S. 65 f.; Lütolf (Fn. 2), S. 174 f.

⁸⁴ So im Ergebnis auch Ackermann (Fn. 17), S. 197; Bertossa (Fn. 7), S. 63 f.; Ehrhardt (Fn. 2), S. 205; Forster (Fn. 2), S. 37; Lütolf (Fn. 2), S. 173 f.; Modlinger (Fn. 34), S. 79; Schwander (Fn. 11), S. 614.

⁸⁵ Zur heute vorherrschenden Skepsis gegenüber der resozialisierenden Wirkung von Strafen vgl. allgemein Kaiser (Fn. 71), § 31 Rn. 49 ff.

⁸⁶ Hierauf verweist Ehrhardt (Fn. 2), S. 205; Bertossa (Fn. 7), S. 64 und Hirsch ZStW 107 (1995) 285, 295, die zusätzlich auch noch erwarten, dass von den Aktionären ein entsprechender Druck ausgeht, weil diese einen Rückgang der Rendite vermeiden wollen.

⁸⁷ Bertossa (Fn. 7), S. 64 f.; Dannecker GA 2001 101, 114; Geiger (Fn. 2), S. 9; Hirsch Straffähigkeit (Fn. 7), S. 17; Lütolf (Fn. 2), S. 173 ff.; Modlinger (Fn. 34), S. 72 f., 80 f.: Es sei sogar eher mehr zu erwarten als bei natürlichen Personen; optimistisch auch Rotberg (Fn. 3), S. 206 f.; demgegenüber eher zweifelnd Kindler (Fn. 7), S. 293.

⁸⁸ Ackermann (Fn. 17), S. 198 f.; Kirch-Heim (Fn. 2), S. 173; Schwander (Fn. 11), S. 615.

⁸⁹ Vgl. Bertossa (Fn. 7), S. 64 f.

⁹⁰ Vgl. hierzu Kindler (Fn. 7), S. 293 ff.; Modlinger (Fn. 34), S. 82.

⁹¹ Vgl. auch bereits Kindler (Fn. 7), S. 299 ff., die allerdings die Realisierbarkeit des auf direkte Intervention abzielenden Modells skeptisch beurteilt.

zwangsweise Implementierung von Compliance-Programmen oder die Neu- bzw. Umstrukturierung des Unternehmens.⁹²

cc) Aufrechterhaltung des Normvertrauens durch die Bestrafung von Unternehmen

Die Erkenntnis, dass die abschreckende Wirkung der Androhung und Verhängung von Strafen Zweifeln ausgesetzt ist⁹³ und dass die resozialisierende Wirkung strafrechtlicher Sanktionen jedenfalls unter den gegebenen Umständen eher zweifelhaft erscheint,⁹⁴ hat dazu geführt, dass sich die Strafrechtswissenschaft zunehmend anderen Ansätzen zur Legitimation der Institution des staatlichen Strafens zugewandt hat. Zuspruch erfährt derzeit vor allem die Theorie der sog. positiven Generalprävention, die den Sinn und Zweck der staatlichen Strafe darin sieht, einen Beitrag dazu zu leisten, dass das Normvertrauen der Bevölkerung aufrechterhalten und bestärkt wird: die Androhung und Verhängung von Strafen soll dazu beitragen, dass Norminhalte internalisiert werden, und sie soll kommunizieren, dass diese Norminhalte trotz gelegentlich vorkommender Zuwiderhandlungen doch Geltung beanspruchen.⁹⁵

Auch bezogen auf die Aufrechterhaltung des Normvertrauens kann zunächst einmal festgehalten werden, dass einerseits zwar grundsätzlich nicht ersichtlich ist, warum von einer Strafe, die gegen Unternehmen verhängt wird, nicht die gleichen Norminternalisierungsprozesse zu erwarten sein sollen wie bei Sanktionen, die gegen natürliche Personen verhängt werden,⁹⁶ dass aber andererseits die entsprechenden Internalisierungseffekte zwar intuitiv nicht unplausibel, jedoch in keiner Weise erwiesen sind und wohl auch nicht erwiesen werden können.⁹⁷

Die Legitimation von Sanktionen gegen Unternehmen ist vor diesem Hintergrund dann unproblematisch, wenn man es bereits ausreichen lassen will, dass mit der Sanktionierung das Festhalten an der Verbindlichkeit der durch die Tat missachteten Norm demonstriert werden soll.⁹⁸ Komplizierter liegt es dann, wenn man es für erforderlich erachtet, dass es sich um eine Sanktionierung handelt, die das Normvertrauen aufrecht erhält und/oder stärkt, weil sie von den Mitgliedern der Gesellschaft als „gerecht“ empfunden wird. Hier wird man eine Aufrechterhaltung des Normvertrauens sicherlich dann annehmen können, wenn man allein auf offenbar faktisch vorhandene Ahn-

⁹² So auch bereits *Ackermann* (Fn. 17), S. 198 ff.; *Bertossa* (Fn. 7), S. 64; *Ehrhardt* (Fn. 2), S. 205; *Pieth/Ivory*, in: *Pieth/Ivory* (Fn. 2), S. 47.

⁹³ Vgl. hierzu im Einzelnen *Bock* JuS 1994, 89, 95 ff.; *Dölling* ZStW 102 (1990) 1, 5 ff.; *Kaiser* (Fn. 71), § 31 Rn. 34; *Killias/Kuhn/Aebi* (Fn. 71), Rn. 1010 ff.; *Kunz* (Fn. 71), § 25 Rn. 4 ff.; *Müller-Tuckfeld* Integrationsprävention, 1998, S. 100 ff.; *Schöch* in: FS Jescheck, 1985, S. 1098 ff.

⁹⁴ *Wohlers* (Fn. 39), S. 57 sowie im Einzelnen zur Kritik an der resozialisierenden Wirkung strafrechtlicher Sanktionen *Bock* JuS 1994, 89, 94 f.; *Kaiser* (Fn. 71), § 31 N 47 ff.; *Killias/Kuhn/Aebi* (Fn. 71), Rn. 1115 ff.; *Kunz* (Fn. 71), § 26 Rn. 4 ff.; *Lehne* KrimJ 1994, 210, 213; *Müller-Tuckfeld* (Fn. 93), S. 81 ff.

⁹⁵ Vgl. insbesondere *Jakobs* Strafrecht AT, 2. Aufl., 1993, 1. Abschnitt Rn. 4 ff.

⁹⁶ *Ackermann* (Fn. 17), S. 196 ff.; *Bertossa* (Fn. 7), S. 63; *Kirch-Heim* (Fn. 2), S. 173; *Modlinger* (Fn. 34), S. 78; vgl. auch *Kindler* (Fn. 7), S. 288 f.

⁹⁷ Vgl. *Eisenberg* (Fn. 71), § 15 Rn. 11 ff. und § 41 Rn. 6, 11 ff.; *Müller-Tuckfeld* (Fn. 93), S. 115 ff.; *Wohlers* (Fn. 39), S. 57 f.

⁹⁸ So z. B. *Kindler* (Fn. 7), S. 291 f. und in der Sache auch *Ehrhardt* (Fn. 2), S. 200.

dungsbedürfnisse der Bevölkerung abstellt.⁹⁹ Anders liegt es dagegen dann, wenn man davon ausgeht, dass das Normvertrauen – jedenfalls auf längere Sicht – nur durch Sanktionen gestärkt werden kann, die als „gerecht“ eingestuft werden können: Wenn man davon ausgeht, dass die Bestrafung eines handlungs- und/oder schuldunfähigen Normadressaten dem Gerechtigkeitsempfinden der Mitglieder der Gesellschaft entgegenlaufen würde, käme es wohl darauf an, ob Unternehmen handlungs- und schulfähig sind.¹⁰⁰

dd) Vergeltung durch die Bestrafung von Unternehmen

Die Vergeltungstheorien sehen den Sinn und Zweck der staatlichen Strafe darin, dass mit der Bestrafung das durch die Tat bewirkte (Tat-)Unrecht ausgeglichen werden soll. Auch nach dem Selbstverständnis der Vertreter moderner Vergeltungstheorien erschöpft sich der Sinn und Zweck der Strafe aber nicht darin, die „zweckgelöste Majestät“¹⁰¹ der Vergeltungsstrafe zum Ausdruck zu bringen; der Sinn und Zweck des über die staatliche Strafe herbeizuführenden Tatschuldausgleichs soll vielmehr darin bestehen, das durch die Straftat gestörte Rechtsgleichheitsverhältnis wiederherzustellen.¹⁰² Der Strafzweck der Vergeltung setzt aber zwingend voraus, dass es etwas zu vergelten gibt: Die Kriminalstrafe ist „Vergeltung für begangenes Unrecht“¹⁰³. Vergeltung kommt aber nur dann in Betracht, wenn sich der Adressat der Sanktion schuldhaft verhalten hat. So hat das BVerfG den Grundsatz aufgestellt, „dass jede Strafe – nicht nur die Strafe für kriminelles Unrecht, sondern auch die strafähnliche Sanktion für sonstiges Unrecht – Schuld voraussetz[t]“. Und weiter führt das Gericht aus: „Mit der Strafe, auch mit der Ordnungsstrafe, wird dem Täter ein Rechtsverstoß vorgehalten und zum Vorwurf gemacht. Ein solcher Vorwurf setzt aber Vorwerfbarkeit, also strafrechtliche Schuld voraus.“¹⁰⁴

Aus alledem folgt, dass man eine Bestrafung von Unternehmen nur dann als unter Vergeltungsgesichtspunkten sinnvoll einstufen kann, wenn Unternehmen schulfähig sind, da die (Vergeltungs-)Strafe ansonsten ihren spezifischen Sinngehalt verliert.¹⁰⁵ Die

⁹⁹ So wohl *Ackermann* (Fn. 17), S. 196 f. mit dem Hinweis darauf, dass „die Allgemeinheit die juristische Person als Urheber des deliktischen Geschehens betrachtet und deshalb auch ihre Bestrafung erwartet“; vgl. auch *Bertossa* (Fn. 7), S. 63; *Forster* (Fn. 2), S. 37; *Modlinger* (Fn. 34), S. 77 f.

¹⁰⁰ Bejahend *Ehrhardt* (Fn. 2), S. 201.

¹⁰¹ So noch *Maurach* Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1971, S. 77.

¹⁰² *Köhler* Strafrecht AT, 1997, S. 43, 48 ff.; *ders.* Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, 1983, S. 37 ff.; *ders.* Begriff der Strafe, 1986, S. 9 ff.; *E.A. Wolff* ZStW 97 (1985) 786, 818 ff.; vgl. auch *Kohlhoff* (Fn. 3), S. 267.

¹⁰³ BVerfGE 21, 391, 404.

¹⁰⁴ BVerfGE 20, 323, 331; zur verfassungsrechtlichen Verankerung des Schuldgrundsatzes vgl. zuletzt BVerfGE 123, 267, 413.

¹⁰⁵ So auch bereits *Engisch* (Fn. 13), E 15 f., 25 sowie *Seiler* (Fn. 3), S. 86 ff.; weitere Nachweise bei *Drope* (Fn. 2), S. 70 Fn. 137; relativierend *Kindler* (Fn. 7), S. 290 f.: Was Strafe ausmache, lasse sich nur mit Blick auf die Funktion bestimmen, die der Sanktion Strafe innerhalb einer konkreten Ordnung zukomme; a.A. *Dannecker* GA 2001 101, 114 f., der die Aufgabe des Strafrechts dahingehend ausdehnt, dass dieses neben den Strafen im klassischen Sinne auch Rechtsfolgen umfasse, „die erforderlich sind, um die Einhaltung verbindlichen Rechts durchzusetzen“.

Frage nach der Straffähigkeit von Unternehmen entpuppt sich damit als eine Frage, die bei Anerkennung des Strafzwecks der Vergeltung bereits durch die Beantwortung der Frage nach der Schuldfähigkeit des Unternehmens mit beantwortet ist.¹⁰⁶

Der Zusammenhang von Strafe und Schuld kann aber nicht einmal dann aus dem Weg geräumt werden, wenn man Vergeltung als ein auf metaphysischen Grundannahmen aufbauendes Konzept denunziert und negiert.¹⁰⁷ Der spezifische Sinngehalt der Sanktion, die wir als Strafe bezeichnen, liegt nämlich nicht nur darin, dass eine Übelszufügung erfolgt,¹⁰⁸ sondern darin, dass es sich um eine Übelszufügung handelt, die – jedenfalls auch – deshalb erfolgt, weil das in Frage stehende Verhalten „Tadel“ verdient.¹⁰⁹ Oder anders ausgedrückt: wenn eine Sanktion keine Tadelskomponente enthält, ist sie keine Strafe im eigentlichen Sinne.¹¹⁰ Dass Unternehmen „motivierbar“ sind, reicht nicht aus, um die Legitimation von Strafen begründen zu können.¹¹¹

Aus dem obigen Befund ist nun allerdings nicht zu folgern, dass Sanktionen gegen Unternehmen per se illegitim sind.¹¹² Wir müssen aber auseinanderhalten, ob wir von Unternehmensstrafen sprechen oder von Sanktionen, die gegen Unternehmen verhängt werden, um deren zukünftiges Verhalten zu beeinflussen: Während echte Strafen nur verhängt werden können, wenn Unternehmen schuldhaft handeln können, ist ein auf präventiv ausgerichtete Sanktionen zurückgreifendes System auch dann denkbar, wenn man Unternehmen für nicht schuldfähig erachtet. So haben bereits verschiedene Autoren – unter anderem auch ich selbst¹¹³ – vorgeschlagen, die Problematik des Corporate Crime nicht über ein Strafenmodell, sondern über ein Maßnahmenmodell zu lösen.¹¹⁴ Wie auch immer man sich zu derartigen Vorschlägen stellt, festzuhalten bleibt:

¹⁰⁶ So auch *Kindler* (Fn. 7), S. 290; *Schwinge* (Fn. 3), S. 105; vgl. auch bereits *Schmitt* (Fn. 3), S. 196 ff. und 215 ff.

¹⁰⁷ Vgl. hierzu, unter dem programmatischen Titel „Abschied von Kant und Hegel“, *Klug* in: Programm für ein neues Strafgesetzbuch, Alternativ-Entwurf der Strafrechtslehrer, hrsg. von Baumann, 1968, S. 36 ff.

¹⁰⁸ Eine Übelszufügung als solche wäre auch gegenüber Unternehmen möglich, vgl. *Ackermann* (Fn. 17), S. 200; *Bertossa* (Fn. 7), S. 66 ff.; *Engisch* (Fn. 13), E 13 ff.; *Ehrhardt* (Fn. 2), S. 206 f.; *Modlinger* (Fn. 34), S. 71 f.

¹⁰⁹ Vgl. hierzu von *Hirsch* Fairness, Verbrechen und Strafe, 2005, S. 48 ff.; *Hörnle/von Hirsch* GA 1995 249, 271 ff. (wieder abgedruckt in: von *Hirsch* Fairness, Verbrechen und Strafe, 2005, S. 23 ff.); vgl. auch *Hörnle* in: von *Hirsch/Neumann/Seelmann* (Fn. 18), S. 24 ff. m. w. N.

¹¹⁰ *Stratenwerth* ZStW 105 (1993) 679, 686; *ders.* in: FS *Schmitt* (Fn. 1), S. 302; vgl. auch *Hefendehl* MSchrKrim 2003, 27, 41; *Hirsch* Straffähigkeit (Fn. 7), S. 17 f.; *Rotberg* (Fn. 3), S. 211; *Schroth* (Fn. 2), S. 123; *Seelmann* in: FS *Schmid* (Fn. 4), S. 181; im Ergebnis auch *Seiler* (Fn. 3), S. 86 und *Mittelsdorf* (Fn. 3), S. 84 f., die lediglich den Begriff des Tadels durch den der Missbilligung ersetzen; a. A. *Dannecker* GA 2001, 101, 115; *Ehrhardt* (Fn. 2), S. 200 f., 205 ff.; *Modlinger* (Fn. 34), S. 65 f.

¹¹¹ So aber z. B. *Ehrhardt* (Fn. 2), S. 201 sowie *Bertossa* (Fn. 7), S. 66 ff. m. w. N.

¹¹² So auch bereits *Seiler* (Fn. 3), S. 96; *Wohlers* SJZ 2000, 381, 387.

¹¹³ Vgl. *Wohlers* SJZ 2000, 381, 387 ff.

¹¹⁴ Vgl. hierzu bereits die Vorschläge von *Schmitt* (Fn. 3), S. 199 ff.; *Seiler* (Fn. 3), S. 96 ff.; *Stratenwerth* (Fn. 1), S. 303 ff. und in der Sache ähnlich – wenn auch unter dem Label „Strafrecht“ – *Heine* (Fn. 4), S. 256 ff. sowie *Schünemann* Unternehmenskriminalität (Fn. 5), S. 232 ff.; *ders.* wistra 1982 41, 50; *ders.* in: Madrid-Symposium (Fn. 3), S. 285 ff.; kritisch zu diesen Vorschlägen: von *Freier* (Fn. 15), S. 184 ff. sowie *Schwinge* (Fn. 3), S. 120 ff.; aus jüngster Zeit vgl. den Ansatz zur Begründung repressiver Unternehmenssanktionen bei *Kirch-Heim* (Fn. 2), S. 180 ff. und hierzu kritisch *Wohlers/Kudlich* ZStW 121 (2009) 718, 720 f.

Die Legitimität der Sanktionen, die gegen Unternehmen verhängt werden, ist nicht an den Kriterien zu messen, die man an Strafen anlegt, sondern an den Kriterien, die für Sanktionen gelten, mit denen eine zukunftsorientierte Verhaltenssteuerung erreicht werden soll.¹¹⁵ Wenn man dies dann aber als Strafrecht bezeichnet, ist dies schlicht und einfach nichts anderes als ein Etikettenschwindel.¹¹⁶ Wenn man, wie es der heute herrschenden Meinung entspricht, Ordnungswidrigkeiten und Kriminalstraftaten nicht qualitativ, sondern quantitativ unterscheidet,¹¹⁷ gilt dies auch für die Ordnungsbuße des § 30 OWiG. Dass die vom deutschen Gesetzgeber verwirklichte Verlagerung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Unternehmens aus dem Kriminalstrafrecht in das Ordnungswidrigkeitenrecht die Problematik löst, wird man vor diesem Hintergrund bezweifeln müssen¹¹⁸ – ganz abgesehen davon, dass diese Lösung für die Staaten keine Alternative ist, die über eine derartige Subkategorie des Sanktionsrechts gar nicht verfügen.

ee) Fazit

Bei einem allein auf monetäre Sanktionen vertrauenden reinen Bußensystem wird man die präventive Wirkung eher in Frage stellen müssen. Anders liegt es nur dann, wenn die Bußen so drastisch ausfallen, dass die Unternehmen gar keine andere Wahl haben, als sie – wegen ihrer potenziell existenzvernichtenden Wirkung – um jeden Preis zu vermeiden. Des Weiteren sind Bußen oder Geldstrafen jedenfalls als vergeltende Sanktionen nur dann zu legitimieren, wenn Unternehmen schuldhaft handeln können.

Einem erweiterten Bußensystem wird man eine höhere präventive Wirksamkeit bescheinigen können. Wenn man die Sanktionen als Strafen interpretieren möchte, stellt sich aber natürlich auch hier wiederum die Frage nach der Schuldfähigkeit von Unternehmen. Bezogen auf die anderen Sanktionen ist darüber hinaus festzuhalten, dass es sich bei diesen – abgesehen vielleicht von der Urteils publikation, die als Verstärker für die Buße und/oder sonstige Sanktionen zu sehen ist – der Sache nach wohl weniger um repressive als um zukunftsorientierte Sanktionen handelt, also um solche, die nicht wegen, sondern nur aus Anlass einer zurückliegenden Straftat verhängt werden. Der Sache nach handelt es sich dann aber um „wirtschaftsaufsichtsrechtliche Eingriffe im Gewande strafrechtlicher Sanktionen“.¹¹⁹

¹¹⁵ Vgl. hierzu Wohlers SJZ 2000, 381, 387 f.

¹¹⁶ A.A. Dannecker GA 2001, 101, 114; vgl. auch Kindler (Fn. 7), S. 291: Was Strafe ausmache, könne man nicht metaphysisch begründen, sondern hänge von der Funktion ab, die man der Sanktion beimesse und von der Ordnung innerhalb derer diese Sanktion eingesetzt werde; vgl. auch Schwinge (Fn. 3), S. 135 f.: Ein Etikettenschwindel liege dann vor, wenn man Sanktionen „nur deshalb als Maßnahme bezeichnet, weil Strafe mangels Schuldunfähigkeit unzulässig sind“.

¹¹⁷ Zum Streitstand vgl. Wohlers (Fn. 39), S. 84 ff.

¹¹⁸ Für eine Zuordnung der Sanktionen gegen Unternehmen zum Owi-Recht Ransiek (Fn. 40), S. 343 ff.

¹¹⁹ Wohlers SJZ 2000, 381, 389.

4. Schlussfolgerungen für den Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers

Wenden wir uns nun abschließend der Frage zu, welchen Gestaltungsspielraum der nationale Gesetzgeber im Hinblick auf die Frage hat, ob und, wenn ja, wie er die Strafbarkeit von Unternehmen regeln will. Festzuhalten ist zunächst einmal, dass es sich hierbei um eine Entscheidung handelt, bei der dem Gesetzgeber ein sehr weiter Gestaltungsspielraum zukommt. Auf den Punkt gebracht wird dieser Standpunkt in der Botschaft, mit der die stark umstrittene und in der Literatur vehement als dogmatisch verfehlt kritisierte Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Unternehmens in der Schweiz motiviert wird. Dort heisst es, „dass letztlich nicht die Dogmatik, sondern der *legislatorische* Wille, eine als Problem erkannte Situation sachgerecht zu regeln, darüber entscheidet, ob diese Regelung zulässig ist“.¹²⁰

Kurt Seelmann hat aber bereits zutreffend darauf hingewiesen, dass auch der Gesetzgeber gewisse Schranken zu beachten hat.¹²¹ Schranken ergeben sich zum einen aus den für den nationalen Gesetzgeber verbindlichen Vorgaben des supranationalen Rechts sowie des Verfassungsrechts, wobei sich diesbezüglich Unterschiede dadurch ergeben, dass in einigen Staaten – wie z.B. in Deutschland – der Gesetzgeber durch ein Verfassungsgericht dazu angehalten werden kann, bestimmte verfassungsrechtliche bzw. verfassungsgerichtliche Vorgaben einzuhalten, während in anderen Ländern eine solche Schranke fehlt.¹²² Darüber hinaus wird man den Gesetzgeber aber auch noch insoweit als gebunden ansehen müssen, als er eine in sich schlüssige sowie mit den für die in Frage stehenden Teilbereiche der Gesamtrechtsordnung geltenden Grundannahmen kompatible und deshalb sachgerechte Entscheidung zu treffen hat. Das Erfordernis einer in sich stringenten Regelung wäre z.B. dann verletzt, wenn sich der schweizerische Gesetzgeber, nachdem er die in einigen Bereichen des Nebenstrafrechts schon seit langem geltende strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nun auch im Kernstrafrecht eingeführt hat (Art. 102 schwStGB), weiterhin auf den Standpunkt stellen sollte, dass sich bezogen auf das Kartellrecht strafrechtliche Sanktionen allein gegen natürliche Personen richten könnten, weil Unternehmen nicht schuldfähig seien.¹²³

Wie sieht es insoweit aus mit der Freiheit des deutschen Gesetzgebers, die Strafbarkeit von Unternehmen zu regeln? Das supranationale Recht steht der Einführung der Strafbarkeit des Unternehmens einerseits nicht entgegen, andererseits wird die Einführung bisher aber auch weder von den Vereinten Nationen noch vom Europarat noch von der EU verlangt.¹²⁴ Die EU begnügt sich damit, dass nach nationalem Recht zur Abwehr

¹²⁰ Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. September 1998, BBl 1999, 1979, 2142.

¹²¹ So bereits zutreffend Seelmann in: FS Schmid (Fn. 4), S. 169f. (bezogen auf BBl 1999, 2142).

¹²² So bestimmt z.B. Art. 190 der schweizerischen Bundesverfassung: „Bundesgesetze und Völkerrecht sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend“, woraus abzuleiten ist, dass die Strafgerichte eine Strafnorm des Bundesrechts auch dann anzuwenden haben, wenn sie diese für verfassungswidrig erachten.

¹²³ Zur Kritik an der mangelnden Stringenz des Gesetzgebers vgl. auch bereits Niggli/Riedo in: Basler Kommentar, KG, hrsg. von Amstutz/Reinert, 2010, Vor Art. 49a Rn. 5f.

¹²⁴ Vgl. hierzu Trüg StraFo 2011, 471, 478f.

von bestimmten Verhaltensweisen Sanktionen ergriffen werden, die „wirksam, angemessen und abschreckend“ sein müssen; dass es sich hierbei um strafrechtliche Sanktionen handeln muss, wird nicht verlangt.¹²⁵ Das Verfassungsrecht setzt für den deutschen Gesetzgeber insoweit eine Schranke, als nach der Rechtsprechung des BVerfG Strafe Schuld voraussetzt und das Schuldprinzip zum nach Art. 79 Abs. 3 GG unverfügbaren Bereich der Verfassungsidentität gehört.¹²⁶ Wenn das BVerfG dieses Diktum in der Lissabon-Entscheidung eng mit der Menschenwürde koppelt, könnte man allerdings erwägen, dass eine Aufweichung bzw. Abweichung dann möglich sein müsste, wenn es nicht um die Bestrafung von natürlichen Personen, sondern um die Bestrafung von Unternehmen geht. Anders liegt es wiederum dann, wenn man das Schuldprinzip nicht (allein) an die Menschenwürde koppelt, sondern (auch) an das Rechtsstaatsprinzip, wie es das BVerfG z.B. in BVerfGE 20, 323, 331 getan hat.

Steht man auf dem Standpunkt, dass Unternehmen schulfähig sind oder aber das Schuldprinzip einer Einführung von Sanktionen gegen Unternehmen nicht entgegensteht, liegt die Entscheidung, ob die Strafbarkeit des Unternehmens eingeführt werden soll und, wenn ja, welche Sanktionen möglich sein sollen, im Ermessen des Gesetzgebers. Der Gesetzgeber hat diesbezüglich zunächst zu prüfen, ob er die Sanktionen neu im Kriminalstrafrecht oder aber im Ordnungswidrigkeitenrecht belassen will. Wenn man davon ausgeht, dass sich das Kriminalstrafrecht und das Recht der Ordnungswidrigkeiten nicht qualitativ, sondern nur quantitativ unterscheiden,¹²⁷ bleiben als Kriterien für die Zuordnung zum einen oder anderen Bereich zum einen prozessuale Erwägungen und zum anderen die Überlegung, ob die Zuordnung zum Kriminalstrafrecht eine höhere präventive Wirkung verspricht.

Soweit der Gesetzgeber ein erweitertes Bussenmodell anstrebt, das über das bisher geltende, allein durch die Institute der Einziehung und des Verfalls ergänzte Bußenmodell hinausgeht, hat er sich die Frage zu stellen, ob es wirklich sinnvoll ist, „wirtschaftsaufsichtsrechtliche Eingriffe im Gewande strafrechtlicher Sanktionen“¹²⁸ durchzuführen. Zu beachten ist hierbei, dass die in der Diskussion befindlichen Sanktionen auch im deutschen Recht alle bereits existieren – nur eben nicht als strafrechtliche Sanktionen, sondern als administrative Sanktionen.¹²⁹ Die zuständigen Verwaltungsbehörden können Tätigkeitsverbote aussprechen (vgl. § 35 GewO, § 16 Abs. 3 HandWO, §§ 35 ff. KWG), sie können Betriebsstilllegungen verfügen (§ 51 GewO, §§ 20 und 25 BImSchG), Erlaubnisse entziehen (§ 15 GastG), sie können Unternehmen von Vergabeverfahren ausschließen (§ 8 VOB/B und § 7 VOL/A)¹³⁰ und/oder sie in Korruptionsregistern öffentlich registrieren (vgl. z.B. § 3 Korruptionsregister Berlin);¹³¹ schließlich können sie Gesellschaften auch auflösen (§ 396 AktG, § 62 GmbHG).

¹²⁵ Vgl. *Kirch-Heim* (Fn. 2), S. 107 ff. mit umfangreichen Nachweisen.

¹²⁶ BVerfGE 123, 267, 413.

¹²⁷ Zum Meinungsstand vgl. die Nachweise bei Wohlers (Fn. 39), S. 84 ff.

¹²⁸ Wohlers SJZ 2000, 381, 389.

¹²⁹ Vgl. den Überblick bei *Hirsch* ZStW 107 (1995) 285, 301 f.; *Kirch-Heim* (Fn. 2), S. 27 ff.; *Modlinger* (Fn. 34), S. 294 ff.; *Rotberg* (Fn. 3), S. 209 ff.; *Schwinge* (Fn. 3), S. 87 ff. sowie das Gutachten des Bundesjustizministeriums, in: *Hettinger* (Fn. 2), S. 200 f.

¹³⁰ Zu den bestehenden Mängeln vgl. *Kirch-Heim* (Fn. 2), S. 100 f.

¹³¹ Vgl. hierzu auch *Kirch-Heim* (Fn. 2), S. 30 ff. m. w. H.

Die Frage ist hier, ob die strafrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten neben oder an die Stelle der administrativen Eingriffsbefugnisse treten sollen. Im älteren Schrifttum ist die Zuständigkeit der Strafbehörden insbesondere mit der Hoffnung verbunden worden, dass es so zu einem auf das Legalitätsprinzip zurückgehenden gleichmäßigeren Durchgreifen kommen werde.¹³²

Dannecker plädiert dafür, dass alle Sanktionen möglichst in einem Verfahren verhängt werden sollen. Er will auf diesem Wege zum einen unverhältnismäßige Sanktionierungen vermeiden;¹³³ darüber hinaus sieht er verfahrensökonomische Vorteile, weil der Strafrichter ja sowieso auch für die Anknüpfungstat zuständig ist.¹³⁴ Demgegenüber stehen andere Autoren auf dem Standpunkt, dass gravierende Maßnahmen, die auf die Beeinflussung zukünftigen Verhaltens abzielen – insbesondere die Anordnung einer Unternehmenskuratel oder einer Betriebsschließung aber auch der Ausschluss von bestimmten Tätigkeiten –, den für die Gefahrenabwehr zuständigen und insoweit auch kompetenten Behörden vorbehalten bleiben sollen.¹³⁵ Soweit es um den Entzug von Genehmigungen geht, wird die Befürchtung geäußert, dass die Begründung einer Zuständigkeit der Gerichte Konflikte mit den zuständigen Verwaltungsbehörden heraufbeschwören werde.¹³⁶ Letztlich wird entscheidend sein, welcher Instanz der Gesetzgeber einen angemessenen Umgang mit diesen Instrumenten zutraut und für wie wichtig er die Gefahren einstuft, die sich aus einer doppelten Zuständigkeit ergeben.

Gerade aus der Sicht eines Strafrechtlers wird man die Forderung, alles beim Alten zu belassen, ergänzend auch noch mit dem Gesichtspunkt begründen können, dass dem Strafrecht so die Verwerfungen erspart bleiben, die mit einer Inanspruchnahme für die Zwecke der Steuerung von Unternehmen notwendigerweise verbunden wären.¹³⁷ Man sollte sich aber keine Illusionen machen: Wenn es dem Gesetzgeber darum geht, Handlungsfähigkeit unter Beweis zu stellen und/oder Wertbekenntnisse symbolisch zum Ausdruck zu bringen,¹³⁸ war und ist der Griff zum vorgeblich billig zu habenden Instrument des Strafrechts regelmäßig nicht die letzte, sondern die erste Handlungsoption.¹³⁹

¹³² Vgl. *Schmitt* (Fn. 3), S. 227; zweifelnd: *von Freier* (Fn. 15), S. 187: dies könne auch durch eine Ermessenseinschränkung bei der Verwaltung erreicht werden.

¹³³ *Dannecker* GA 2001, 101, 129; vgl. auch *Kirch-Heim* (Fn. 2), S. 99 mit dem Hinweis darauf, dass die aufgesplitterte Zuständigkeit zu inkohärenten Folgen führen könne.

¹³⁴ *Schmitt* (Fn. 3), S. 227; so auch *Kirch-Heim* (Fn. 2), S. 99; kritisch hierzu *von Freier* (Fn. 15), S. 188 ff.

¹³⁵ *Engelhart* (Fn. 2), S. 700 ff.; *von Freier* (Fn. 15), S. 188; *Kirch-Heim* (Fn. 2), S. 99.

¹³⁶ *Schwinge* (Fn. 3), S. 166.

¹³⁷ Vgl. hierzu *Volk* JZ 1993, 429, 435; *Wohlers* SJZ 2000, 381, 386 f.

¹³⁸ Zum symbolischen Strafrecht vgl. *Wohlers* (Fn. 39), S. 119 ff. m. w. N.

¹³⁹ Zum Gehalt des Grundsatzes der Subsidiarität des Strafrechts vgl. kritisch *Wohlers* (Fn. 39), S. 71 ff.; *ders.* in: *Mediating Principles*, hrsg. von *Hirsch/Seelmann/Wohlers*, 2006, S. 54 ff.

